

**PROF. DR. THOMAS BLANKE**

**Carl v. Ossietzky Universität Oldenburg**

**INSTITUT FÜR  
RECHTSWISSENSCHAFTEN**

Professur für Arbeitsrecht

**Die Tarifverträge im Briefdienstleistungsbereich und  
ihre Allgemeinverbindlicherklärung**

**Gutachterliche Stellungnahme**

**Oldenburg i.O.**

**21. Dezember 2007**

**Gliederung:**

<b>A. Sachverhalt</b>	<b>1</b>
1. Die beiden Tarifverträge Briefdienste	1
2. Der Tarifvertrag Mehrwertbriefdienste	4
3. Der Tarifvertrag Postdienstleistungen	8
<b>B. Gutachtenfragestellung</b>	<b>9</b>
<b>C. Rechtsgutachten</b>	<b>9</b>
<b>I. Bindung der Mitgliedsunternehmen des AGV NBZ an die Bestimmungen des für allgemein verbindlich erklärten TV Briefdienstleistungen?</b>	<b>9</b>
1. Die Gültigkeit der AVE des TV Briefdienstleistungen	9
2. Tarifbindung allenfalls nur für Mitglieder der „Gewerkschaft NBZ“ bei Bejahung ihrer Gewerkschaftseigenschaft	12
2.1. Gewerkschaftseigenschaft der „Gewerkschaft NBZ“?	12
2.1.1. <i>Gegnerunabhängigkeit der GNBZ?</i>	13
2.1.2. <i>Mächtigkeit der GNBZ?</i>	15
<b>II. Verhältnis des TV Briefdienste zum TV Mehrwertbriefdienste</b>	<b>16</b>
1. Überschneidende fachliche Geltungsbereiche?	17
1.1. Definition Briefdienstleistungen	18
1.2. Der Begriff „Mehrwertbriefdienste“	19
1.3. Das Verhältnis der betrieblich-fachlichen Geltungsbereiche der TV Briefdienste und TV Mehrwertbriefdienste zueinander	22
2. Tatbestände möglicher Tarifkonkurrenz	24
2.1. Doppelmitgliedschaft der Arbeitsvertragsparteien	24
2.2. Tarifkonkurrenz bei Allgemeinverbindlicherklärung eines oder beider TV	24
3. Auflösung der Tarifkonkurrenz	25
3.1. Wille der TV-Parteien	25

<b>3.2. Keine Einschränkungserklärung</b>	<b>25</b>
<b>3.3. Spezialitätsprinzip</b>	<b>26</b>
<b>3.4. Grenzen des Spezialitätsgrundsatzes bei gewillkürter Tarifkonkurrenz:</b>	
<b>Das neue Phänomen der Dumpingtarife</b>	<b>29</b>
<i>3.4.1. Das 50%-Quorum als ungeeignete Bezugsgröße</i>	<b>29</b>
<i>3.4.2. Alternativen: Günstigkeits- oder Repräsentationsprinzip</i>	<b>30</b>
<i>3.4.3. Das Repräsentationsprinzip als zutreffendes Kriterium</i>	<b>31</b>
<b>4. Ergebnis</b>	<b>31</b>
<b>III. Gesamtergebnis</b>	<b>31</b>

#### **A. Sachverhalt:**

Am 14.12.2007 hat der Deutsche Bundestag beschlossen, den Anwendungsbereich des AEntG auf Briefdienstleistungen durch Einfügung der Worte „und für Tarifverträge für Briefdienstleistungen“ in § 1 Abs.1 S.4 AEntG auch auf diese Branche zu erstrecken (zu den Gesetzesentwürfen vgl. die gleich lautenden Entwürfe in BR-Drs.644/07 v. 20.9.2007 und BT-Drs. 18/6735 v. 18.10.2007). Diesem Beschluss hat der Bundesrat am 20.12.2007 zugestimmt.

In der Phase der Vorbereitung der Aufnahme von Tarifverträgen über Briefdienstleistungen in das AEntG und ihrer Allgemeinverbindlicherklärung durch Rechtsverordnung des BMAS sind bis zum 20.12.2007 **insgesamt vier Tarifverträge** abgeschlossen worden. Bei drei von ihnen haben die Tarifvertragsparteien die Allgemeinverbindlicherklärung nach dem AEntG beantragt.

#### **1. Die beiden Tarifverträge Briefdienste**

Den Beginn machte der Anfang September 2007 zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste e.V. und der Vereinigte(n) Dienstleistungsgewerkschaft ver.di abgeschlossene Tarifvertrag über Mindestentgelte (im Folgenden: TV Briefdienste) für die „Branche Briefdienstleistungen“ (Briefsendungen bis 1000 Gramm). Am gleichen Tag kam es zu einem

weiteren, inhaltlich identischen Tarifabschluss zwischen dem gleichen AGV und auf Arbeitnehmerseite der DPVKOM/CGPT.

Der **Geltungsbereich** und die **Definition der verwendeten Begriffe** dieser Tarifverträge sind – nach zwischenzeitlicher Präzisierung - in §§ 1 und 2 nunmehr wie folgt geregelt:

„§ 1 Geltungsbereich

- (1) Dieser Tarifvertrag gilt für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.
- (2) Der Tarifvertrag gilt für die Branche Briefdienstleistungen. Dies sind alle Betriebe und selbständigen Betriebsabteilungen, die überwiegend gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördern.
- (3) Der Tarifvertrag gilt für alle Arbeitnehmer, die in Betrieben oder selbständigen Betriebsabteilungen im Sinne des Absatzes 2 Briefsendungen befördern.

§ 2 Begriffsbestimmungen

- (1) Befördern ist das Einsammeln, Weiterleiten oder Ausliefern von Briefsendungen

Protokollnotiz zu Abs.1:

Das Befördern umfasst die gesamte Wertschöpfungskette vom Absender bis zum Empfänger.

- (2) Briefsendungen sind adressierte schriftliche Mitteilungen, deren Einzelgewicht nicht mehr als 1.000 Gramm beträgt.
- (3) Werden Briefsendungen in der Weise befördert, dass einzelne nachgewiesene Sendungen im Interesse einer schnellen und zuverlässigen Beförderung auf dem Weg vom Absender zum Empfänger ständig begleitet werden und die Begleitperson die Möglichkeit hat, jederzeit auf die einzelne Sendung zuzugreifen und die erforderliche Disposition zu treffen, handelt es sich um Kuriersendungen.
- (4) Wiederkehrend erscheinende Druckschriften, wie Zeitungen und Zeitschriften, sind keine schriftlichen Mitteilungen im Sinne des Absatzes 2.“

Von den Tarifparteien ist die **Allgemeinverbindlicherklärung** dieses Tarifvertrages **nach den Bestimmungen des zu ändernden AEntG beantragt** worden. Die Rechtsnormen dieses Tarifvertrages werden, wie nach entsprechenden politischen Verlautbarungen des BMAS (vgl. die Rede von Olaf Scholz, BMAS im Deutschen Bundestag zur Änderung des AEntG v. 14.12.2007 und sein Interview in der Tageszeitung „Die Welt“ v. 17.12.2007) zu erwarten ist,

bei entsprechendem Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung durch die Tarifvertragsparteien entsprechend den Bestimmungen des AEntG durch Rechtsverordnung (§ 1 Abs.3a AEntG) für allgemein verbindlich erklärt werden.

Diese Tarifverträge sehen gem. § 3 Abs.1 einen Brutto-Mindestlohn mit Wirkung vom 1.12.2007 für Ostdeutschland in Höhe von 8,00€pro Stunde und für Westdeutschland in Höhe von 8,40€pro Stunde vor. Für das Ausliefern von Briefsendungen i.S. von § 2 Abs.2 (Briefzusteller) „unabhängig vom zeitlichen und/oder mengenmäßigen Anteil an der Gesamttätigkeit“ sieht der TV gem. § 3 Abs. 2 Brutto-Mindestlöhne in Höhe von 9,00 €pro Stunde (Ost) und 9,80 €pro Stunde (West) vor.

Über die Höhe der vereinbarten Mindestlöhne entbrannte heftiger Streit sowohl zwischen den politischen Akteuren

vgl. zuletzt das am 18.12.2007 vorgestellte Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Postgesetz „Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln“

als auch insbesondere zwischen den auf diesem Sektor der Postdienstleistungen tätigen Unternehmen. Verbandspolitisch führte dies zunächst dazu, dass sich die Konkurrenten der DPAG am 11.9.2007 zu einem eigenständigen Arbeitgeberverband (AGV „Neue Brief- und Zustelldienste“) zusammen geschlossen haben. Zum Gründungszeitpunkt gehörten diesem AGV im wesentlichen Unternehmen aus den Konzernen der TNT Post und der mehrheitlich zum Springer-Verlag gehörenden PIN Group an

vgl. hierzu und zur folgenden Sachverhaltsdarstellung A. Günther, Der Streit um Mindestlöhne im Postsektor, uv. Ms. Bad-Dürkheim, 2007, S.4.

Noch am gleichen Tag ging dieser Verband mit dem BdKEP – Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e.V. - eine Tarifgemeinschaft ein. Die Vorstöße dieses Verbandes, mit den bestehenden tariffähigen Gewerkschaften in Verhandlungen über einen separaten Mindestlohntarifvertrag einzutreten, stießen jedoch ins Leere. Dies war angesichts der Tatsache, dass diese Tarifparteien auf Arbeitnehmerseite bereits an den von ihnen abgeschlossenen TV Briefdienste gebunden waren, auch nicht erstaunlich.

## 2. Der Tarifvertrag Mehrwertbriefdienste

Unter dem 11.12.2007 hat der AGV „Neue Brief- und Zustelldienste“ mit der zwischenzeitlich neu gegründeten „Gewerkschaft der Neuen Brief- und Zustelldienste“ (im Folgenden GNBZ) einen eigenen **Tarifvertrag für Mehrwertbriefdienste** (im Folgenden TV Mehrwertbriefdienste) abgeschlossen. Dieser Tarifvertrag, der für die Neuen Bundesländer einen Brutto-Mindestlohn von 6,50 €pro Stunde und für Westdeutschland von 7,50 €pro Stunde vorsieht (§ 3 1.), geht laut seiner **Präambel** davon aus, dass sich „in der Branche der Briefdienstleistungen ...ein eigener Dienstleistungsbereich entwickelt (hat), der sich von der Universaldienstleistung unterscheidet und von dieser trennbar ist. Um branchenspezifische Bedingungen in dieser Mehrwertbriefdienstleistung zu erhalten, sehen die Tarifvertragsparteien die Vereinbarung von Mindestlöhnen für den spezifischen Dienstleistungsbereich Mehrwertbriefdienstleistungen für erforderlich an.“

In §§ 1 und 2 werden folgender **Geltungsbereich und Begriffsbestimmungen** für diesen TV definiert:

### § 1 Geltungsbereich

1. Dieser Tarifvertrag gilt für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.
2. Der Tarifvertrag gilt für Unternehmen, die Mehrwertbriefdienstleistungen anbieten, die von der Universaldienstleistung trennbar, besondere Leistungsmerkmale aufweisen und qualitativ höherwertig sind.
3. Der Tarifvertrag gilt für Arbeitnehmer, die in Betrieben oder selbständigen Betriebsabteilungen im Sinne des Absatzes 2 Mehrwertbriefdienstleistungen erbringen.

### § 2 Begriffsbestimmungen

1. Nachfolgende Dienstleistungsformen beinhalten besondere Leistungsmerkmale und qualitativ höherwertige Leistungen entsprechend § 1 dieses Vertrages:

#### a. Dienstleistung mit taggleicher Zustellung

Eine werktägliche Abholung von Briefsendungen bei den Auftraggebern, bei Zustellung dieser Sendungen am Tag der Abholung, nachträglicher Berechnung der tatsächlich erbrachten Dienstleistungen, Umleitbarkeit bzw. Rückholbarkeit der Sendungen zwischen Abholung und Beginn der Zustellung und Nichtberechnung des Sendungsentgelts bei Verfehlen des Zustellzeitziels.

**b. Dienstleistung mit Übernacht- Zustellung**

Eine werktägliche Abholung von Briefsendungen bei den Auftraggebern nach 17.00 Uhr, bei Zustellung dieser Sendungen bis spätestens 12.00 Uhr des folgenden Werktages, nachträglicher Abrechnung der tatsächlich erbrachten Dienstleistungen, Umleitbarkeit bzw. Rückholbarkeit der Sendungen zwischen Abholung und Beginn der Zustellung und Nichtberechnung des Sendungsentgelts bei Verfehlen des Zustellzeitziels.

**c. Dienstleistung mit termingenauer Zustellung**

Eine Abholung der Briefsendungen bei den Auftraggebern, bei Zustellung dieser Sendungen zu einem Auftraggeber im Einzelfall festgelegten Termin, nicht jedoch an dem auf die Abholung folgenden Werktag, nachträglicher Abrechnung der tatsächlich erbrachten Dienstleistungen, Umleitbarkeit bzw. Rückholbarkeit der Sendungen zwischen Abholung und Beginn der Zustellung und Nichtberechnung des Sendungsentgelts bei Verfehlen des Zustellzeitziels

**d. Dienstleistung mit Sendungsverfolgung**

Eine nachweisbare Abholung bei Vertragskunden gemäß Vereinbarung und Transport der übernommenen Sendungen in Transportbehältern, die gegen unbefugten Zugriff gesichert sind, zum Bearbeitungszentrum, im Bearbeitungszentrum elektronische Erfassung der Briefsendungen samt individualisierenden Merkmalen (Absender, Adressat, Format, Gewicht) jeweils unter einem Identcode, Erfassung der Sendungen für jeden Zustellbezirk elektronisch oder manuell in einer Stückliste mit Dokumentation der Empfängerangaben, Transport der Sendungen in gegen unbefugten Zugriff gesicherten Behältnissen zu den Zustelldepots und nachweisbare Übergabe der Sendungen an den jeweiligen Zusteller, Auslieferung der Briefsendungen in der Regel am nächsten, spätestens aber am übernächsten auf den Abholungstag folgenden Werktag, elektronische oder manuelle Erfassung der Auslieferung der Briefsendungen an den Empfänger oder Ersatzempfänger mit Dokumentierung des Zeitpunktes der Zustellung oder vergleichbare Regelungen der Sendungsverfolgung, Umlenkbarkeit bzw. Rückholbarkeit der Sendungen zwischen Abholung und Beginn der Zustellung, Rückgabe unanbringlicher Sendungen an den Auftraggeber, Möglichkeit der Nachsendung nicht zustellbarer Sendungen und Mitteilung von Nachsendeadressen, nachträgliche periodische Abrechnung der erbrachten Leistungen, Haftung für den Fall des Verlustes oder der Beschädigung von Sendungen, Möglichkeit der Darstellung des Verlaufs einzelner Sendungen.

#### e. integrierte Brief-Logistikdienstleistung

Bei Beratung der Kunden und Anbindungsleistungen (Übernahme der Dateien, Prüfung und ggf. Konvertierung der Daten), Adresskorrekturen und -pflege, soweit erforderlich, Ausdruck der zu versendenden Mitteilungen und Vorbereitung für die Zustellung, insbesondere Adressierung, Falzung, Kuvertierung und Sortierung der Sendungen, Übernahme und Zustellung der Briefsendungen aufgrund individueller Vereinbarungen mit dem Auftraggeber, mehrere Zustellversuche (einschließlich Nachsendung), Haftung für den Verlust oder die Beschädigung von Sendungen auf der Grundlage individueller Vereinbarungen mit dem Kunden, Erfassung und Verwaltung der für die Beziehung zwischen Absender und Adressat maßgeblichen Daten (Adressänderungen, Information des Absenders über den Status der Beförderung bzw. über die erfolgte Zustellung, Archivierung elektronischer Zustellberichte), erforderlichenfalls: Leistungen im Zusammenhang mit der Erfassung und Bearbeitung von Rückmeldungen (Response) der Adressaten und Nichtberechnung der Beförderung von Sendungen, die nicht entsprechend den vereinbarten Vorgaben zugestellt werden bei nachträglicher periodischer Abrechnung.

2. Briefsendungen sind adressierte schriftliche Mitteilungen, deren Einzelgewicht nicht mehr als 1000 Gramm beträgt.

3. Werden Briefsendungen in der Weise befördert, dass einzelne nachgewiesene Sendungen im Interesse einer schnellen und zuverlässigen Beförderung auf dem Weg vom Absender zum Empfänger ständig begleitet werden und die Begleitperson die Möglichkeit hat, jederzeit auf die einzelne Sendung zuzugreifen und die erforderliche Disposition zu treffen, handelt es sich um Kuriersendungen, die von diesem Tarifvertrag nicht erfasst werden.

4. Wiederkehrend erscheinende Druckschriften, wie Zeitungen und Zeitschriften, sind keine schriftlichen Mitteilungen im Sinne des Absatzes 2; für deren Beförderung gilt dieser Tarifvertrag nicht.

Von der angeführten **Mindestlohnregelung** in § 3 werden gem. § 3 Abs.3 folgende **Arbeitstätigkeiten** erfasst: „Kraftfahrer, Beförderer (Fahrrad, Fußbeförderung), Auslieferer, Sortierer, Disponenten, Beschicker, Support“.

Gleichzeitig haben sich die Tarifparteien gem. § 5 dieses TV zur Stellung der erforderlichen **Anträge auf Allgemeinverbindlicherklärung** verpflichtet:

„Sofern ein anderer Tarifvertrag nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz für die gesamte Branche der Briefdienstleistungen für allgemein verbindlich erklärt wird, ist dieser Tarifvertrag als spezieller Tarifvertrag für die Mindestarbeitsbedingungen im Mehrwertbriefdienstleistungssegment als ergänzende Aufnahme zu beantragen“.

### 3. Der Tarifvertrag Postdienstleistungen

Wie soeben – am 20.12.2007 – bekannt geworden ist, liegt nunmehr im Bereich der Postdienstleistungen ein weiterer Tarifvertrag vor: Er ist (ohne Datum) auf Arbeitgeberseite vom Bundesverband der Kurier-, Express-, Post-Dienste e.V. (BdKEP) abgeschlossen. Auf Arbeitnehmerseite firmiert wiederum die „Gewerkschaft der Neuen Brief- und Zustelldienste“ (GNBZ). Der Tarifvertrag sieht einen **Bruttomindestlohn von 6,50 €(Ost) und 7,50 € (West) sowie eine stufenweise Anhebung** der Mindestlöhne Ost auf das Westniveau über einen Zeitraum von 3, längstens aber 5 Jahren vor und legt hierzu fest, dass das Mindestlohniveau in den neuen Bundesländern ab 1.1.2009 auf 6,90 € und ab dem 1.1.2010 auf 7,50 € ansteigt (§ 2 Abs.1 und 2). Als **Geltungsbereich** dieses Tarifvertrages wird definiert:

„§ 1 Geltungsbereich:

1. Dieser Tarifvertrag gilt im Territorium der Bundesrepublik Deutschland.
2. Der Tarifvertrag gilt für alle tarifgebundenen Betrieb, die als wesentliche betriebliche Tätigkeit Postdienstleistungen erbringen. Postdienstleistungen sind folgende gewerbsmäßig erbrachte Dienstleistungen:
  - a. Die gewerbsmäßige Beförderung von adressierten schriftlichen Mitteilungen bis 2.000 Gramm (Briefsendungen) zwischen Absender und Empfänger.
  - b. Die Beförderung von adressierten Paketen, deren Einzelgewicht 20 Kilogramm nicht übersteigt.
  - c. Die Beförderung von Büchern, Zeitschriften oder Katalogen, soweit diese in betrieblichem Zusammenhang mit Dienstleistungen nach a. oder b. durchgeführt werden.
3. Der Tarifvertrag gilt für alle Arbeitnehmer bei tarifgebundenen Unternehmen nach Absatz 2, sofern sie in diesen Betrieben überwiegend Tätigkeiten der in Absatz 2 Ziff.a. und/oder b.

ausführen. Eine Tätigkeit überwiegt im Sinne des Satz 1, wenn sie mehr als 50 vom Hundert Zeitanteil an der Gesamttätigkeit eines Mitarbeiters im Betrieb ausfüllt.“

Dieser Tarifvertrag enthält in § 3 weiterhin Regelungen zur Umrechnung abweichender Entgeltvereinbarungen (z.B. von Leistungslöhnen oder Zeitlöhnen auf Wochen- oder Monatsbasis) und bestimmt in § 5:

### **„§ 5 Allgemeinverbindlichkeit**

Die Tarifvertragsparteien vereinbaren, sofern sie nachweisen können, dass von diesem Tarifvertrag mindestens 50 vom Hundert der Branchenbeschäftigten des sachlichen Geltungsbereichs gebunden werden, nach § 5 Tarifvertragsgesetz die Allgemeinverbindlichkeit herbeizuführen“.

### **B. Gutachtenfragestellung:**

Angesichts dieser Sachlage ist zu prüfen,

1. ob die Mitgliedsunternehmen des AGV NBZ (ggf.: auch) an die Bestimmungen des TV Briefdienstleistungen gebunden sind, sofern dieser durch Rechtsverordnung des BMAS für allgemein verbindlich erklärt worden ist, sowie
2. wie sich das Verhältnis der diversen Tarifverträge zueinander insbesondere im Hinblick auf ihre beantragte Allgemeinverbindlicherklärung bestimmt.

### **C. Rechtsgutachten**

#### **I. Bindung der Mitgliedsunternehmen des AGV NBZ an die Bestimmungen des für allgemein verbindlich erklärten TV Briefdienstleistungen?**

##### **1. Die Gültigkeit der AVE des TV Briefdienstleistungen**

Die Rechtmäßigkeit des TV Briefdienste, die Zulässigkeit der Aufnahme der Branche Briefdienste in das AEntG und der Allgemeinverbindlicherklärung seiner Rechtsnormen im Wege einer Rechtsverordnung des BMAS sind in der neueren Literatur gelegentlich aus

arbeitsrechtlichen, verfassungs- und europarechtlichen Gesichtspunkten in Zweifel gezogen worden

vgl. hierzu insbesondere das dem Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste, BIEK e.V., erstattete Rechtsgutachten von Axel Kämmerer und Gregor Thüsing, Tariferstreckung in der Postdienstleistungsbranche – Arbeitsrechtliche, verfassungsrechtliche und europarechtliche Schranken - , 2007; ferner Sittard, Staatliche Außenseiterbindung zum Konkurrenzschutz – Zur Rechtmäßigkeit der geplanten Tarifnormerweiterung in der Postbranche, NZA 2007, 1090ff.

Mit dieser Auffassung habe ich mich – mit dem Schwerpunkt auf der Frage der Tariffähigkeit des AGV Postdienste - bereits an anderer Stelle kritisch auseinandergesetzt

vgl. Blanke, Stellungnahme zu den Ausführungen der Prof. Kämmerer und Thüsing zur Tariffähigkeit des Post-Arbeitgeberverbandes v. 20.9.2007, veröffentlicht auf der homepage des AGV Postdienste e.V.

Ihre Stichhaltigkeit ist auch anderweitig einer umfassenden Analyse unterzogen und verneint worden

vgl. Ulrich Preis, Stefan Greiner, Rechtsgutachten im Auftrag des AGV Postdienste e.V. zur Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) oder Geltungserstreckung (§ 1 Abs.3a AEntG) eines Mindestlohn-Tarifvertrags in der Postdienstleistungsbranche, v. 8.10.2007.

Dabei kommen die Verfasser zu dem Ergebnis, dass die politische Einschätzung, dass in der Postdienstleistungsbranche ein besonderes soziales Schutzbedürfnis zu konstatieren sei, welches die Festlegung verbindlicher Mindeststandards erfordere, verfassungsrechtlich unbedenklich und nicht justiziabel sei. Mit der Erstreckung eines Tarifvertrages sei ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der hiervon betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht verbunden; ein etwaiger Eingriff in deren positive Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs.3 GG sei jedenfalls im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs.1 GG gerechtfertigt; in Bezug auf die darin u.U. liegende Beeinträchtigung der unternehmerischen Vertragsfreiheit nicht tarifgebundener Arbeitgeber aus Art. 12 Abs.1 GG besitze der Gesetz- und Verordnungsgeber eine weit reichende Gestaltungs- und Einschätzungsprärogative, die ihre Grenze nur bei offensichtlichen Fehleinschätzungen finde. Auch aus europarechtlichen Gesichtspunkten sei die Festlegung zwingender sozialer Mindeststandards unproblematisch. Die darin liegende Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EG sei durch das zwingende Allgemeininteresse an sozialem Arbeitnehmerschutz gerechtfertigt.

Soweit von der Gegenposition das Fehlen des 50%-Quorums des § 5 Abs.1 S.1 Nr.1 TVG geltend gemacht werde, sei zunächst zu beachten, dass dieses Quorum bei dem Verfahren der

Rechtsnormerstreckung nach § 1 Abs.3a AEntG nicht erfordert sei. Im übrigen komme es bei der Bemessung dieses Kriteriums nicht darauf an, ob der vereinbarte Tarifvertrag aktuell auf die von ihm erfassten Arbeitsverhältnisse tatsächlich Anwendung finde. Entscheidend sei vielmehr die Einbeziehung der tarifgebundenen Arbeitnehmer in den Geltungsbereich des fraglichen Tarifvertrages. Deshalb sei es irrelevant, ob der Tarifvertrag in Bezug auf die konkreten Arbeitsverhältnisse der von ihm erfassten Arbeitnehmer faktisch zur Anwendung gelange oder durch speziellere Firmentarifverträge verdrängt werde, die dieselbe Gewerkschaft abgeschlossen habe. Die notwendiger Weise mit der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages verbundene wettbewerbsbeschränkende Wirkung sei im Interesse des sozialen Schutzes der Außenseiter-Arbeitnehmer ebenso hinzunehmen wie die mit Tarifverträgen generell verbundene Kartellwirkung. Folglich sei ein „öffentliches Interesse“ an der Allgemeinverbindlicherklärung des TV Briefdienste nicht zu bestreiten.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Sie steht in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des BVerfG zur Reichweite der Tarifautonomie aus Art. 9 Abs.3 GG und der Zulässigkeit von Allgemeinverbindlicherklärungen (auch nach dem AEntG)

vgl. BVerfG v. 24.5.1977, BVerfGE 44, 322; v. 15.7.1980, E 55, 7; v. 18.7.2000, AP Nr.4 zu 3 1 AEntG; zuletzt v. 11.7.2006, E 116, 202.

und der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH

vgl. nur EuGH v. 14.4.2005, Rs. C-341/02, Slg. 2005, 2733; v. 12.10.2004, Rs. C-60/03, Slg. 2004, 9553; v. 21.10.2004, Rs. C-445/03, Slg. 2004, 10191; v. 28.3.1996, Rs. C-272/94, Slg. 1996, I-1905, 1920; dazu eingehend: Karl-Jürgen Bieback/Eva Kocher, Juristische Fragen der gesetzlichen Festlegung eines Mindestentgelts durch erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung oder Verweis auf unterste Tarifentgelte, in: Bieback/Dieterich/Hanau/Kocher/Schäfer, Tarifgestützte Mindestlöhne, 2007, S. 43, 75ff.; Büdenbender, Die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, RdA 2000, 193, 206

zu Inhalt und Grenzen der Garantien des EGV hinsichtlich des freien Wettbewerbs nach Art. 81ff. EG und der Freizügigkeiten des Marktverkehrs nach Art. 23ff., 43ff., 49ff. EGV.

## **2. Tarifbindung allenfalls nur für Mitglieder der „Gewerkschaft NBZ“ bei Bejahung ihrer Gewerkschaftseigenschaft**

Solange der TV Mehrwertbriefdienste nicht für allgemein verbindlich erklärt worden ist werden von seinen normativ wirkenden Regelungen allenfalls – nämlich unter der Voraussetzung, das es sich bei der „Gewerkschaft NBZ“ auch im Rechtssinne um eine Gewerkschaft handelt - nur die Arbeitsverhältnisse derjenigen Beschäftigten der dem AGV NBZ angehörigen Unternehmen erfasst, die Mitglieder dieses Verbandes sind. Dies dürfte nach dem derzeitigen Stand nur für eine geringe Minderheit der bei diesen Unternehmen tätigen Arbeitnehmer zutreffen.

## **2.1. Gewerkschaftseigenschaft der „Gewerkschaft NBZ“?**

Bei dem zwischen dem AGV NBZ und der GNBZ abgeschlossenen Vereinbarung könnte fraglich sein, ob es sich um einen Tarifvertrag i.S. des TVG und des AEntG handelt.

Es bestehen nämlich beachtliche Zweifel daran, dass es sich bei der „Gewerkschaft NBZ“ um eine tariffähige Vereinigung („Gewerkschaft“) handelt. Ist dies aber nicht der Fall, so scheidet eine Allgemeinverbindlicherklärung dieser Vereinbarung aus.

### **2.1.1. Gegnerunabhängigkeit der GNBZ?**

Voraussetzung für das Vorliegen eines Tarifvertrages ist es, dass die fragliche Vereinbarung zwischen einem AGV und einer Gewerkschaft abgeschlossen worden ist.

Voraussetzung der Gewerkschaftseigenschaft ist, dass es sich um einen frei gebildeten, vom Arbeitgeber unabhängigen Verband handelt

Allg. Ansicht; vgl. nur BVerfG 18.11.1954, E 4, 96, 106 = AP Nr.1 zu Art. 9 GG; BVerfG 1.3.1979, E 50, 290, 373ff.; BAG AP Nr.13 zu § 2 TVG; BAG 17.2.1998, SP Nr.87 zu Art. 9 GG; Oetker, in: Wiedemann, TVG-Kommentar, 6. Aufl., § 2 Rn. 238ff.; Kempen in: Kempen/Zachert (Hrsg.), 4. Aufl. 2006, § 2 Rn.105ff., 109ff.; Peter, in: Däubler (Hrsg.), TVG-Kommentar, 2. Aufl. 2006 § 2 Rn. 32ff.

Bei diesem Erfordernis der Gegnerunabhängigkeit handelt es sich um ein aus dem Wesen des Vertragsmechanismus heraus zu verstehendes Prinzip.

Oetker, in: Wiedemann, TVG-Kommentar, 6. Aufl., § 2 Rn.239 unter Berufung auf Zöllner/Seiter, Paritätische Mitbestimmung und Art. 9 Abs.3 GG, 1970, S.34ff.

Die Willensbildung einer Gewerkschaft muss autonom erfolgen können, wenn sie als Organisation zur kollektiven Vertretung der Arbeitnehmerinteressen Tarifverträge mit der Arbeitgeberseite abschließt. Denn dieser Abschluss erfolgt auf der Basis eines

kontradiktorischen Verfahrens, welches auf den – notfalls mit den Mitteln des Arbeitskampfes ausgetragenen - Ausgleich divergierender Interessen zielt.

An der Unabhängigkeit einer Gewerkschaft fehlt es nach der neueren Rechtsprechung des BAG

v. 14.12.2004 – 1 ABR 51/03 („UfO“)- DB 2005, 1117

dann, wenn die Abhängigkeit vom sozialen Gegenspieler in der Struktur der Arbeitnehmervereinigung angelegt und verstetigt und die eigenständige Interessenwahrnehmung der Tarifvertragsparteien durch personelle Verflechtungen, auf organisatorischem Weg oder durch wesentliche finanzielle Zuwendungen ernsthaft gefährdet wird. Von solchen Voraussetzungen sei insbesondere dann auszugehen, wenn sich die Gewerkschaft im Wesentlichen nicht aus den Beiträgen ihrer Mitglieder, sondern aus Zuwendungen der Arbeitgeber finanziert und zu befürchten ist, dass die Arbeitgeberseite durch Androhung der Einstellung der Zahlung die Willensbildung auf Arbeitnehmerseite beeinflussen kann. Wird der Vereinigung arbeitgeberseitig Personal überlassen, so ergibt sich daraus nach Ansicht des BAG noch nicht zwingend die Abhängigkeit vom sozialen Gegenspieler. Diese Schwelle sei erst dann überschritten, wenn die Überschneidungsbereiche zusammen genommen geeignet sind, die verbandsinterne Willensbildung zu beeinflussen.

Gemessen an diesen Kriterien spricht vorliegend viel für die fehlende Unabhängigkeit der Gewerkschaft NBZ; die Entstehung, Aktivität und Organisation dieser Vereinigung verdankt sich erklärtermaßen der Verfolgung des arbeitgeberseitigen Zieles, den als überhöht angesehenen tariflichen Mindestlöhnen, wie sie im TV Briefdienste vereinbart worden sind, zu entgehen. Dies ist durch zahlreiche Äußerungen von maßgeblichen Vertretern des AGV NBZ belegt.

Außerdem erklärt sich nur so das Paradox, dass der AGV NBZ zwar einen Tarifvertrag über „Mehrwertdienste“ abschließt und damit für sich in Anspruch nimmt, dass es sich bei den hierdurch geregelten Dienstleistungen um solche handelt, die gegenüber den „normalen“ Dienstleistungen im Rahmen der Postdienstleistungen „höherwertig“ i.S. von § 51 S.2 Nr.4 PostG sind, jedoch für diese Tätigkeiten einen Mindestlohn vereinbart, der deutlich unter dem Tarifniveau des TV Briefdienste liegt. Dass für höherwertige Dienstleistungen weniger

gezahlt wird als nach dem allgemeinen Tarifniveau für weniger gehaltvolle Tätigkeiten vorgesehen ist, ist ein ganz ungewöhnlicher Vorgang. Diese fehlende Orientierung an dem bestehenden, branchenüblichen Tarifniveau in einer später abgeschlossenen Vereinbarung weckt erhebliche Zweifel an der Unabhängigkeit der gewerkschaftlichen Willensbildung, die diesem späteren Abschluss zugrunde liegt.

Diese Zweifel werden bestärkt durch eine Reihe weiterer tatsächlicher Anhaltspunkte, die dafür sprechen, dass die Vereinigung NBZ mit erheblicher finanzieller und personeller Unterstützung der Arbeitgeberseite ins Leben gerufen worden ist und keine „authentische“ Arbeitnehmervertretung darstellt. Ein erster Anhaltspunkt hierfür ergibt sich bereits aus dem sehr kargen Internetauftritt der „Gewerkschaft NBZ“, die keinerlei Auskunft über deren Satzung, Mitgliederstruktur und Gremien gibt. Deshalb fehlt es vorliegend in Bezug auf die GNBZ auch an jeder Grundlage zur Beantwortung der Frage, ob der Abschluss dieses Tarifvertrag in Übereinstimmung mit ihrer satzungsmäßigen Tarifzuständigkeit erfolgt ist. Gegen die reklamierte Gewerkschaftseigenschaft spricht weiterhin, dass diese Vereinigung in der für Gewerkschaften aus historischen Gründen gänzlich untypischen Rechtsform eines „e.V.“ firmiert. Außerdem betreibt der Verband seine Aktivität offenbar aus dem Büro eines Steuer- und Unternehmensberaters, ohne derzeit über eigene Mitgliedsbeiträge zu verfügen. Für die GNBZ ist der TV „Mehrwertbriefdienste“ unterzeichnet von den Herren Doll und Glückstein.

Beide Personen verfügen über keinerlei gewerkschaftliche Erfahrung und haben alles andere als eine für Gewerkschafter typische Biographie: Herr Doll war früher in der Geschäftsleitung der Fa. Tengemann und anschließend als Steuer- und Unternehmensberater (aus diesem Büro heraus betreibt der Verband seine Aktivitäten) tätig, Herr Glückstein war offenbar bei der Fa. PIN AG, die ebenfalls zu den Konkurrenten der DP AG im Bereich von Briefdienstleistungen zählt und mutmaßlich ebenfalls Mitglied im AGV NBZ ist, beschäftigt

Angaben nach: REPORT MAINZ, SWR.de: „Eine Gewerkschaft stellt die Verhältnisse auf den Kopf“ und Internetauftritt der Partei „Die Linke“, aufgerufen am 19. 12.2007.

### **2.1.2. Mächtigkeit der GNBZ?**

Voraussetzung der juristischen Qualifikation einer Arbeitnehmerkoalition als Gewerkschaft ist nach allgemeiner Ansicht weiterhin, dass diese genügend Mächtigkeit besitzt, um als ebenbürtiger Partner in Tarifverhandlungen aufzutreten: „Ein angemessener, sozial befriedender Interessenausgleich kann nur zustande kommen, wenn die

Arbeitnehmervereinigung zumindest so viel Druck ausüben kann, dass sich die Arbeitgeberseite veranlasst sieht, sich auf Verhandlungen über eine tarifliche Regelung von Arbeitsbedingungen einzulassen. Die Arbeitnehmervereinigung muss von ihrem sozialen Gegenspieler ernst genommen werden, so dass die Arbeitsbedingungen nicht einseitig von der Arbeitgeberseite festgelegt, sondern tatsächlich ausgehandelt werden“.

BAG v. 14.12.2004 – 1 ABR 51/03 („Ufo“) – Rn.44 m. zahlr. Hinw. ; ebenso BVerfG v. 20.10.1981 – E 58, 233, 248ff.

Entscheidend kommt es bei dieser Beurteilung auf die Würdigung aller Umstände des Einzelfalls an. Ob diese Voraussetzung der „Mächtigkeit“ bei der GNBZ derzeit gegeben ist, entzieht sich mangels jeglicher Daten über die Anzahl der Mitglieder der GNBZ und deren Struktur der näheren Prüfung. Hier kann folglich nur aus dem Umstand, dass sich diese – erst vor wenigen Monaten gegründete - Organisation noch im Aufbau befindet, gemutmaßt werden, dass sie voraussichtlich noch nicht über eine hinreichende Anzahl an Mitgliedern und eine entsprechend gefestigte Organisationsstruktur verfügt, die es ihr gestatten würden, als ernst zu nehmende Partei in Tarifauseinandersetzungen aufzutreten und in diesen hinreichende Durchsetzungsfähigkeit zu entfalten. Dagegen könnte allerdings sprechen, dass die GNBZ bereits in zwei Fällen als Partei eines selbständig vereinbarten Tarifvertrages firmiert. Dabei handelt es sich um die beiden – hier bereits dargestellten - Mindestlohn-TV Mehrwertbriefdienste und Postdienstleistungen.

Ob dem Abschluss dieser Tarifverträge durch die GNBZ allerdings Indizwirkung für ihre hinreichende Mächtigkeit zukommt, ist zu bezweifeln. Denn in beiden Fällen wurde durch diese Tarifverträge der zuvor im TV Briefdienste vereinbarte Mindestlohn deutlich unterboten. Für die Vereinbarung derartiger „Unterbietungstarifverträge“ bedarf es aber keiner Mächtigkeit, weil sie den Interessen der Arbeitgeberseite massiv entgegen kommen. Insofern entfällt beim Abschluss von Dumpingtarifen die Indizwirkung der Mächtigkeit des tarifschließenden Verbandes auf Arbeitnehmerseite, die ansonsten dem Abschluss von Tarifverträgen zukommt. Hier liegt im Gegenteil eher die Vermutung nahe, dass es sich um „Gefälligkeitstarifverträge“ handelt

zu diesem Begriff vgl. BAG 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, Rn.52.

## **II. Verhältnis des TV Briefdienste zum TV Mehrwertbriefdienste**

**Vorbemerkung:** Die nachstehenden Ausführungen beschränken sich auf das Verhältnis des TV Briefdienste zum TV Mehrwertbriefdienste. Diese Beschränkung ist deshalb angezeigt, weil nur in Bezug auf diese beiden Tarifverträge ein Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung nach dem geänderten AEntG gestellt ist. Demgegenüber haben die Tarifparteien des TV Postdienste in § 5 vereinbart, dass sie ggf. beantragen werden, die Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 Tarifvertragsgesetz herbeizuführen. Im Hinblick auf die noch offene Entscheidungssituation sowie die Besonderheiten dieses Verfahrens und die hierbei zu beachtenden formellen und materiellen Voraussetzungen bleibt dieser Tarifvertrag nachstehend unberücksichtigt.

### 1. Überschneidende fachliche Geltungsbereiche?

Im TV Briefdienste wird als Geltungsbereich definiert (Hervorheb. jeweils von mir, T.B.):  
 „(2) Der Tarifvertrag gilt für die *Branche Briefdienstleistungen*. Dies sind alle Betriebe und selbständigen Betriebsabteilungen, die überwiegend gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördern.

(3) Der Tarifvertrag gilt für alle Arbeitnehmer, die in Betrieben oder selbständigen Betriebsabteilungen im Sinne des Absatzes 2 Briefsendungen befördern.“

Dagegen heißt es im TV Mehrwertbriefdienste:

„2. Der Tarifvertrag gilt für Unternehmen, die *Mehrwertbriefdienstleistungen* anbieten, die von der Universaldienstleistung trennbar, besondere Leistungsmerkmale aufweisen und qualitativ höherwertig sind.

3. Der Tarifvertrag gilt für Arbeitnehmer, die in Betrieben oder selbständigen Betriebsabteilungen im Sinne des Absatzes 2 Mehrwertbriefdienstleistungen erbringen.“

Bezogen auf den räumlich-fachlichen Geltungsbereich (auch als „sachlicher, fachlicher“ oder „branchenmäßiger“

so Wank, in: Wiedemann, TVG-Kommentar, 6. Aufl., § 4 Rn.136ff.

Geltungsbereich bezeichnet) bleibt damit das Verhältnis der „Branche Briefdienstleistungen“ zu den „Mehrwertbriefdienstleistungen“ zu bestimmen. Evident steckt der Begriff der

Branche Briefdienstleistungen einen weiteren Bereich ab als derjenige der „Mehrwertbriefdienstleistungen“. Ausgehend von dieser Tatsache kommen folgende Alternativen in Betracht: Entweder umfasst die „Branche Briefdienstleistungen“ vollumfänglich – oder teilweise – auch die „Mehrwertbriefdienstleistungen“ (gänzliche oder partielle Deckungsgleichheit) oder letztere fallen aus dem Bereich der „Branche Briefdienstleistungen“ ganz heraus.

Die Begriffe, die den betrieblich-fachlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrages bezeichnen, unterliegen infolge der im Fluss befindlichen ökonomischen Entwicklung beständiger Veränderung. Der Gesetzgeber der Novelle zum AEntG hat sich damit begnügt, in § 1 Abs.1 S.4 die folgenden Worte einzufügen: „und für Tarifverträge für Briefdienstleistungen“, so dass diese Vorschrift nunmehr insgesamt wie folgt lautet: „Die Sätze 1 bis 3 gelten entsprechend auch für einen Tarifvertrag, der die Erbringung von Montageleistungen auf Baustellen außerhalb des Betriebssitzes zum Gegenstand hat, sowie für Tarifverträge des Gebäudereinigerhandwerks und für Tarifverträge für Briefdienstleistungen“. Eine nähere Bestimmung, die etwa vergleichbar der Legaldefinition des Baugewerbes in § 1 Abs.1 S.1 AEntG mit der Verweisung auf die §§ 1 und 2 der Baubetriebsverordnung v. 28.10.1980 präzise angibt, welche Tätigkeiten und Tarifverträge dies im Einzelnen betrifft, hat der Gesetzgeber bei dieser Erweiterung des Geltungsbereichs des AEntG nicht vorgenommen.

### **1.1. Definition Briefdienstleistungen**

Da die Begriffe „Branche Briefdienstleistungen“ und „Mehrwertbriefdienstleistungen“ aus sich heraus nicht umstandslos verständlich sind, ist ihre Auslegung geboten. Hierbei bietet es sich entsprechend den üblichen Auslegungsregeln an, ihren Sinngehalt durch Rekurs auf ihren historischen wie systematischen Bezugshorizont zu ermitteln

Wank in: Wiedemann (Hrsg.), TVG-Kommentar, 6. Aufl. 1999, § 4 Rn.147.

Der Begriff der „Briefdienstleistungen“, der gleichermaßen den Geltungsbereich des TV Briefdienste wie des in § 1 Abs.1 S.4 neu gefassten AEntG umreißt, ist dem Postgesetz v. 22.12.1997

unbekannt. Das Gesetz definiert in § 4 den Begriff der „Postdienstleistungen“, zu denen an erster Stelle (§ 2 Nr.1 a PostG) „die Beförderung von Briefsendungen“ rechnet. Dieser Begriff der „Briefsendungen“ wird sodann (in § 2 Nr.2 PostG) als „adressierte schriftliche Mitteilungen“ definiert. Daraus folgt, dass der Begriff der Briefdienstleistungen einen **Ausschnitt aus dem weiter gefassten Begriff der Postdienstleistungen** bezeichnet. Dies wird durch die in §§ 5 ff. PostG getroffene Regelung der Lizenzerteilung bestätigt, die sich auf Fälle der gewerbsmäßig für andere erfolgende Beförderung von „Briefsendungen“ (§ 5 Abs.1 PostG) bis 1.000 Gramm Einzelgewicht beschränkt.

Abgesehen von der entgegen der Regelung in § 5 Abs.2 Nr.1 PostG erfolgten **Einbeziehung der Verrichtungs- und Erfüllungsgehilfen** in den Geltungsbereich des TV Briefdienste und seiner Eingrenzung auf diejenigen „Betriebe und Betriebsabteilungen, die **überwiegend** gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördern“, stimmen Geltungsbereich und Definitionen in § 2 TV Briefdienste mit denjenigen des PostG exakt überein. Die Beschränkung der Gewichtsgrenze im TV Briefdienste für „Briefsendungen“ auf ein Einzelgewicht von nicht mehr als 1.000 Gramm entspricht präzise der Definition des lizenzpflichtigen Bereichs in § 5 Abs.1 PostG.

**Ergebnis:** Unter der „**Branche Briefdienstleistungen**“ versteht dieser Tarifvertrag demnach ganz offensichtlich den um die Tätigkeit von Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen erweiterten Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen, sofern diese Tätigkeit in den betroffenen Betrieben und Betriebsabteilungen „überwiegend“ erfolgt. Dies erscheint in Anbetracht der Interessenlage der Tarifparteien und mit Rücksicht auf die Gesetzeslage, die auf Wettbewerbsöffnung unter „Berücksichtigung sozialer Belange“ zielt (§ 2 Abs.2 Nr. 5 PostG), auch sachgerecht: Beiden Tarifparteien ging es bei der Mindestlohnvereinbarung und der Beantragung der Allgemeinverbindlicherklärung dieses Tarifvertrages ausweislich der hierzu vorgebrachten Begründungen

vgl. den gemeinsamen Antrag des AGV Postdienste e.V. und der Gewerkschaft ver.di (gleichlautend DPVKom/CGPT) an den BMAS auf Aufnahme der Branche Briefdienste in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz und Allgemeinverbindlicherklärung v. 11.9.2007

im wesentlichen darum, hierdurch der Entwicklung zu einem auf Armutslöhnen beruhenden Wettbewerbsmodell im Bereich der Briefdienstleistungen Einhalt zu gebieten und auf diese

Weise anstelle der offensichtlich nur schwierig umsetzbaren sozialen Lizenzauflagen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG ein funktionales Äquivalent zu schaffen, das im Kern auf tarifautonomer Aushandlung beruht.

## 1.2. Der Begriff „Mehrwertbriefdienste“

Auch der im **TV Mehrwertbriefdienste** zur Beschreibung des fachlichen Geltungsbereichs gebrauchte Begriff der „Mehrwertbriefdienste“ ist dem PostG unbekannt. Mit dem Begriff „Mehrwertdienste“ werden die in § 51 S.2 Nr.4 PostG genannten „Dienstleistungen, die von Universaldienstleistungen trennbar sind, besondere Leistungsmerkmale aufweisen und qualitativ höherwertig sind“ und deshalb von der gesetzlichen Exklusivlizenz der DPAG nach § 51 S.1 PostG ausgenommen sind, bezeichnet

vgl. BVerwG v. 27.Juni 2007 – Az: 6 C 9.06 – Rn. 24.

Die systematische Stellung des Begriffs Mehrwertbriefdienste ergibt sich nach dem PostG aus der Bezugnahme auf den Begriff der Briefdienste – die Erklärung dieses Sachverhalts erfordert eine knappe Erläuterung des im PostG vergleichsweise kompliziert und unübersichtlich geregelten Systems der Lizenzerteilungen und des gesetzessystematischen Zusammenhangs von § 5 und § 51 PostG

vgl. hierzu näher Blanke, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz. Die sozialen Lizenzanforderungen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG, in: Friedrich-Ebert-Stiftung, (Hrsg.), WISO-Diskurs, August 2007, S.17f.

Zu bestimmen ist zunächst das Verhältnis von § 5 Abs.1 PostG – Lizenzpflicht – zu § 51 PostG – gesetzliche Exklusivlizenz –. Beide Vorschriften sind nicht deckungsgleich. Dies geht schon aus der Tatsache hervor, dass im ursprünglichen Regierungsentwurf des PostG weitere als die jetzt in § 5 Abs.2 Nr.1 – 3 PostG enthaltenen Ausnahmen von der Lizenzpflicht vorgesehen waren. Auf Grund der Intervention des Bundesrates sind diese Tätigkeiten sodann zwar grundsätzlich der Lizenzpflicht unterstellt worden. Sie unterfallen aber nicht dem Monopolbereich der DPAG (der gesetzlichen Exklusivlizenz in § 51 S.1 PostG), sondern können nach Maßgabe erteilter Lizenzen auch von Wettbewerbern der DPAG ausgeübt werden.

Bis zum Auslaufen der gesetzlichen Exklusivlizenz der DPAG zum 1.1.2008 dürfen Lizenzen nur für die in § 51 S. 2 PostG bezeichneten Tätigkeiten erteilt werden. Lizenzen werden danach nur erteilt für Dienstleistungen, die kraft gesetzlicher Definition nicht unter das ausschließliche Recht der DPAG fallen. Im Einzelnen hat sich in der Praxis der Bundesnetzagentur entsprechend den in § 51 S.2 PostG angeführten Ausnahmen von der gesetzlichen Exklusivlizenz die Unterscheidung unterschiedlicher Lizenzklassen (von A- bis F-Lizenzen) ausgebildet

vgl. im Einzelnen Unterrichtung durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post; Tätigkeitsbericht 1998/1999 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post – Bericht nach § 81 Abs.1 TKG und nach § 47 Abs.1 PostG, BT-Drs. 14/2321, S. 101f.

Gem. § 51 S.2 Nr.4 PostG gilt die gesetzliche Exklusivlizenz nicht „für Dienstleistungen, die von Universaldienstleistungen trennbar sind, besondere Leistungsmerkmale aufweisen und qualitativ höherwertig sind“. Auf Dienstleistungen dieser Art bezieht sich der TV Mehrwertbriefdienste. Für diese kann demnach eine Lizenz erteilt werden (sog. D-Lizenz). Wenn eine Postdienstleistung als „qualitativ höherwertig“ angesehen wird, fällt sie nicht unter die gesetzliche Exklusivlizenz

Herdegen, in: Badura, v. Danwitz u.s. (Hrsg.), Beckscher Kommentar zum PostG, 2. Aufl. 2004, § 51 Rn. 96; die bislang hierzu ergangene kontroverse Judikatur ist inzwischen durch eine Reihe höchstrichterlicher Entscheidungen in vier Musterverfahren vom BVerwG einer einheitlichen Betrachtung zugeführt worden, vgl. BVerwG v.27.6.2007 – Az.: 6 C 8.06, 6 C 9.06, 6 C 13.06 und 6 C 14.06 – vgl. dazu Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht 2006/2007, Dezember 2007, S. 114f.

Als Ausnahme von der Exklusivlizenz der DPAG wird die höherwertige Dienstleistung nach § 51 S.2 Nr.4 PostG von deren Auslaufen nicht berührt. Sie bleibt also weiterhin grundsätzlich bestehen; denn die Erteilung einer Lizenz war nur deshalb überhaupt erforderlich, weil es sich um eine lizenzpflichtige DL-Tätigkeit im Rahmen der Briefzustellung gem. § 5 Abs.1 PostG handelt. Jedoch entfallen nach dem 1.1.2008 etwaige sachliche Beschränkungen der erteilten Lizenzen, während etwaige räumliche Beschränkungen erhalten bleiben

vgl. Bundesnetzagentur, Schreiben v. 13.12.2007, und Verfügung Nr.74, Amtsblatt Nr.24.

Daraus geht zugleich hervor, dass das Regime der Lizenzerteilung nach §§ 5ff. PostG auch über den Zeitpunkt des Auslaufens der gesetzlichen Exklusivlizenz der DPAG zum 1.1.2008 hinaus fortbesteht. Gleiches gilt folglich auch für die Einhaltung der sozialen Lizenzvoraussetzungen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG und das grundsätzliche Ziel des Gesetzes, die Liberalisierung des Postmarktes nicht „um jeden Preis“ zu ermöglichen, sondern nur nach Maßgabe der Berücksichtigung sozialer Belange. Diese fortbestehende Intention des Gesetzgebers erlaubt und verpflichtet ihn denn auch, angesichts des Leerlaufens der sozialen Lizenzauflagen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG hierfür ein Äquivalent in Gestalt der Aufnahme dieser Branche in das AEntG und der Allgemeinverbindlicherklärung der einschlägigen Tarifverträge zu schaffen.

Auf das in Literatur, vgl. Barden, WRP 2000, 152, 154f.; Stark, NJW 2000, 709f. und in der Rspr. - vgl. OLG Naumburg, GRUR 2001, 534, 535; OLG Jena NJW 1999, 3053, 3055 - umstrittene Verhältnis von § 51 S.2 Nr. 3 und 4 PostG, welches sich namentlich auf die Frage bezieht, ob Tatbestände nach Nr.3 solche nach Nr.4 stets ausschließen oder nicht, muss hier nicht näher eingegangen werden. Solange nämlich nicht geltend gemacht wird, dass bereits keine lizenzpflichtige Tätigkeit vorliege, weil der Sache nach ein Kurierdienst i.S. von § 5 Abs.2 Nr.3 PostG betrieben werde, handelt es sich in jedem Falle um eine lizenzpflichtige Tätigkeit.

**Ergebnis:** Unter Mehrwertbriefdiensten sind lizenzpflichtige Briefdienstleistungen zu verstehen, die bereits nach bisheriger Rechtslage gem. § 51 S.2 Nr.4 PostG „besondere Leistungsmerkmale aufweisen und qualitativ höherwertig sind“. Auch diese Definition wird den Interessen der Parteien des TV Mehrwertbriefdienste gerecht: Sie umschreiben damit die Tätigkeit, die sie bisher aufgrund der erteilten D-Lizenz als Wettbewerber der DPAG ausgeübt haben. Auch der nach diesem TV gegenüber dem TV Briefdienste deutlich **niedrigere Mindestlohn** entspricht der von den Tarifpartnern geäußerten **Kritik an dem angeblich überhöhten Mindestlohn im TV Briefdienste**. Dies entspricht auch der bisherigen Geschäftspolitik der an dem AGV NBZ beteiligten Unternehmen, durch die Unterbietung der bei der DPAG gezahlten Tariflöhne und eine zumeist prekäre Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen im Wettbewerb zu bestehen.

### **1.3. Das Verhältnis der betrieblich-fachlichen Geltungsbereiche der TV Briefdienste und TV Mehrwertbriefdienste zueinander**

Das Ergebnis der begrifflichen Klärung der in Anspruch genommenen fachlichen Geltungsbereiche zeigt, dass beide Geltungsbereiche

1. ihren definitorischen Rahmen in der Systematik der Vorgaben nach dem PostG besitzen,
2. im Kontext des § 51 S.1 und 2 PostG wechselseitig aufeinander bezogen sind und
3. einander in der Weise überschneiden, dass der Bereich der „Mehrwertbriefdienste“ von demjenigen der „Briefdienste“ vollständig umfasst wird, sowie
4. der faktisch ausgeübten Tätigkeit der Unternehmen entsprechen.

Eine Allgemeinverbindlicherklärung nach dem TVG und dem AEntG war bislang nur in Bezug auf einheitliche und marktmäßig voneinander abgegrenzte Branchen üblich

vgl. BMAS, Verzeichnis der für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge, Stand 1. Oktober 2007, homepage aufgerufen am 19.12.2007

An einer derartigen Marktabgrenzung fehlt es im Verhältnis von Briefdiensten nach § 5 ff. PostG und „hpherwertigen Dienstleistungen“ i.S. von § 51 S.2 PostG

vgl. BVerwG v. 27.Juni 2007 – Az: 6 C 9.06 – Rn. 17 und 19.

Deshalb wird mit Bezug auf die Regelung in § 5 TVG auch vom „betrieblich-fachlichen“ oder „branchenmäßigen“ Geltungsbereich gesprochen. Mit dem betrieblichen – im Unterschied zum berufsbezogen fachlichen - Aspekt des Geltungsbereichs wird das Tätigkeitsfeld bestimmt, dem die Adressatenbetriebe und –unternehmen angehören müssen: Er verweist in der Regel auf die **Zugehörigkeit zu einem bestimmten Wirtschaftszweig** und ist darin genereller als der ebenfalls den Wirtschaftswissenschaften, speziell der betriebswirtschaftlichen Organisationstheorie entlehnte Begriff der „Sparte“

Details bei Breisig, Betriebliche Organisation, Herne/Berlin 2006, S. 113f.; Friese, Die Bildung von Spartenbetriebsräten nach § 3 Abs.1 Nr.2 BetrVG, RdA 2003, 92ff., 93,

Dies entsprach der Tradition der industriellen Beziehungen und namentlich der gewerkschaftlichen Organisationen in Deutschland, die sich angesichts der Zersplitterung der Interessenvertretung in der Weimarer Republik nach 1945 nicht nach dem Berufsverbands-, sondern nach dem Industrieverbandsprinzip organisierten. Nachhaltige Unterstützung hat diese konzeptionelle Entscheidung in der Rechtsprechung des BAG gefunden, welche dem Prinzip „ein Betrieb – eine Gewerkschaft“ gestützt auf den nicht gesetzlich vorgegebenen Grundsatz der Tarifeinheit

erheblichen Nachdruck verliehen hat und auch gegen den z.T. verbreiteten Widerstand der Literatur der Entstehung von Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität entschieden entgegen getreten ist.

Gegenwärtig hat es den Anschein, dass sich die überkommene Struktur der industriellen Beziehungen in entscheidender Hinsicht wandelt

vgl. dazu näher Dieterich, Tarifautonomie: Altes Modell – neue Realität, in: KJ H.1/2008 (im Erscheinen).

Die vehemente Auseinandersetzung um Mindestlöhne, die Entstehung und die Aktivitäten zahlreicher „Spartengewerkschaften“ und ein verschärfter Wettbewerb um wechselseitige Tarifunterbietung (Tarifdumping), wie er im Bereich der Arbeitsnehmerüberlassung, aber inzwischen auch im Bereich der hier thematischen Briefdienstleistungen zu beobachten ist, sind neuartige Phänomene. Auf sie ist das bundesdeutsche Rechtssystem (noch) nicht eingestellt, es fehlt an Präjudizien und wissenschaftlicher Aufarbeitung der neuartigen Erscheinungsformen und der Frage nach ihrer angemessenen normativen Regulierung. Deshalb können die nachstehenden Ausführungen auch nur als ein erster Versuch gewertet werden, diesen aktuellen Entwicklungen mit den tradierten Instrumentarien, den in sie eingegangenen Zielsetzungen und zugrunde liegenden Kompromissen einigermaßen gerecht zu werden.

## **2. Tatbestände möglicher Tarifkonkurrenz**

### **2.1. Doppelmitgliedschaft der Arbeitsvertragsparteien**

Die Problematik der Tarifkonkurrenz erklärt sich daraus, dass auf ein und dasselbe Arbeitsverhältnis unterschiedliche Tarifregelungen Anwendung finden. Dadurch wird der Inhalt des Arbeitsverhältnisses unbestimmbar, so dass Regelungen für die Auflösung dieser Konkurrenzsituation gefunden werden müssen.

Tarifkonkurrenzen können durch unterschiedliche Konstellationen eintreten. Geht man davon aus, dass noch keiner der hier in Rede stehenden Tarifverträge für allgemein verbindlich erklärt ist, so ist die Entstehung von Tarifkonkurrenz nahezu ausgeschlossen. Tarifgebunden sind nämlich nach § 3 Abs.1 TVG die Mitglieder der Tarifparteien und der Arbeitgeber, der

selbst Partei des Tarifvertrages ist. Selbst wenn daher einzelne Arbeitnehmer die Mitgliedschaft beider tarifschließenden Gewerkschaften, also von ver.di und der GNBZ, besäßen, würde dies nur bei beiderseitiger Tarifbindung zu einer Tarifkonkurrenz führen. Voraussetzung wäre also, dass der Arbeitgeber entweder ebenfalls die Mitgliedschaft in beiden tarifbeteiligten AGV besitzt oder mit beiden Verbänden durch Haustarifvertrag an den jeweiligen Mindestlohn-TV gebunden wäre. Da dies aber ersichtlich nicht der Fall ist, scheidet vorliegend der Tatbestand einer etwaigen Doppelmitgliedschaft als Grund der Entstehung von Tarifkonkurrenz aus.

## **2.2. Tarifkonkurrenz bei Allgemeinverbindlicherklärung eines oder beider TV**

Deutlich größere Bedeutung erhält die Tarifkonkurrenz vorliegend dann, wenn einer oder beide Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt werden sollten. Sollte, wie nach den Ankündigungen aus dem politischen Raum zu erwarten, zunächst der TV Briefdienste für allgemein verbindlich erklärt werden, so tritt für die aufgrund ihrer Mitgliedschaft in der GNBZ auch an den TV Mehrwertbriefdienste gebundenen Arbeitnehmer Tarifkonkurrenz ein. Angesichts der mutmaßlich geringen Mitgliederzahl der GNBZ dürfte sich die zahlenmäßige Relevanz der dadurch eintretenden Fälle von Tarifkonkurrenz allerdings in engen Grenzen halten.

Zu verbreiteter Tarifkonkurrenz kommt es allerdings dann, wenn beide Tarifverträge – der TV Briefdienste und der TV Mehrwertbriefdienste –, wie für beide beantragt, für allgemein verbindlich erklärt werden sollten. Denn in diesem Fall wären infolge der Allgemeinverbindlichkeit auch die jeweiligen Tarif-Außenseiter an die Rechtsnormen beider Tarifverträge gebunden. Es käme folglich entsprechend den jeweiligen Geltungsbereichen beider Mindestlohn-TV zu weitgehenden Überschneidungen. Nach welchen Regelungen sich die Auflösung der eintretenden Tarifkonkurrenz beurteilt, bleibt daher abschließend zu prüfen.

## **3. Regeln zur Auflösung der Tarifkonkurrenz**

### **3.1. Wille der Tarifvertragsparteien**

Die Auflösung von Tarifkonkurrenz hat in Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Tarifautonomie zunächst nach dem Willen der Tarifvertragsparteien zu erfolgen. Vorliegend ist eine Abstimmung der miteinander konkurrierenden Koalitionen auf Arbeitnehmerseite nicht erfolgt – auf einen gemeinsamen Willen zur Abgrenzung der betrieblich-fachlichen Geltungsbereiche beider Tarifverträge kann also nicht abgestellt werden.

Die in § 5 TV Mehrwertbriefdienste enthaltene Erklärung, dass für den Fall der Allgemeinverbindlicherklärung eines anderen Tarifvertrages nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz „dieser Tarifvertrag als spezieller Tarifvertrag für die Mindestarbeitsbedingungen im Mehrwertbriefdienstleistungssegment als ergänzende Aufnahme zu beantragen“ ist, gibt lediglich die Intention und Rechtsansicht dieser Tarifvertragsparteien wieder, dass es sich bei diesem Tarifvertrag gegenüber dem TV Briefdienste um den spezielleren Tarifvertrag handelt. Die Äußerung dieser Rechtsauffassung liegt indes keine geteilte Auffassung zur Abgrenzung der Geltungsbereiche beider konkurrierenden Tarifverträge zu Grunde.

### **3.2. Keine Einschränkungserklärung**

In der Tarifpraxis ist es weithin üblich, zur Vermeidung von Tarifkonkurrenzen sog. Einschränkungserklärungen in die Tarifvereinbarung aufzunehmen. Dies ist vorliegend ersichtlich nicht geschehen.

Denkbar ist aber auch, dass die beantragte Allgemeinverbindlicherklärung mit einer Einschränkungsklausel verbunden wird. Die Zulässigkeit derartiger Beschränkungen von Allgemeinverbindlicherklärungen ist dann umstritten, wenn zu befürchten steht, dass dadurch staatlicherseits eine eigenständige Arbeitsrechtsordnung geschaffen wird, die sich nicht auf den Willen der Tarifvertragsparteien stützen kann

skeptisch wegen der Gefahr möglicher Tarifizensur insoweit zu Recht Stein, Tarifvertragsrecht, 1997, Rn.218 m. weiteren Nachw.

Allerdings wird nach ganz h.M. die Einschränkung des Geltungsbereichs eines Tarifvertrages bei der Allgemeinverbindlicherklärung als zulässig angesehen

Lakies in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsrecht, § 5 Rn.173; Wank in: Wiedemann (Hrsg.), TVG-Kommentar, § 5 Rn.62 m.w.Nachw.

Sollte sich erweisen, dass die Konkurrenz der hier thematischen Tarifverträge auf andere Weise aufzulösen ist, dann erweist sich das Mittel der Einschränkungsklausel als überflüssig.

### **3.3. Spezialitätsprinzip**

Fehlt es an einer Abmachung der beteiligten Tarifparteien über die Reichweite und Abgrenzung der jeweiligen Geltungsbereiche von Tarifverträgen, so erfolgt die Auflösung der Tarifkonkurrenz nach allgemeiner Ansicht nach Maßgabe des Spezialitätsprinzips. Danach ist zu prüfen, welcher Tarifvertrag „dem Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten steht und deshalb den Erfordernissen und Eigenarten des Betriebes und der darin tätigen Arbeitnehmer am besten gerecht wird“

BAG v. 24-9.1975, AP Nr. 11 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; ständ. Rechtsprechung und ganz h.M. in der Lit.

Der Spezialitätsgrundsatz ist nach zutreffender Ansicht von BVerfG

v. 24.5.1977, E 44, 322; ebenso v. 15.7.1980, E 55, 7

und BAG

vgl. nur BAG v. 24.9.1975, AP Nr. 11 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz

auch dann anzuwenden, wenn einer oder beide der konkurrierenden Tarifverträge für allgemein verbindlich erklärt worden sind

zuletzt BAG v. 18.10.2006 - 10 AZR 576/05.

Beurteilt man die vorliegend möglicher Weise miteinander kollidierenden Tarifverträge unter dem Aspekt des Spezialitätsprinzips, so könnte es auf den ersten Blick nahe liegen, den TV Mehrwertbriefdienste als den fachlich engeren TV anzusehen. Dies ist indes bei näherer Betrachtung unrichtig.

Bereits aus der Definition des Begriffs Mehrwertbriefdienste ging hervor, dass es sich hierbei gem. § 51 S.2 Nr. 4 PostG um einen Komplementärbegriff zur gesetzlichen Exklusivlizenz der DPAG nach § 51 S.1 PostG handelt und dass dieses Tätigkeitssegment gekoppelt ist an

die Existenz der Exklusivlizenz. Entfällt diese, dann verliert auch die Kategorie der Mehrwertbriefdienste ihre normative Bezugsgrundlage.

Das muss nicht ausschließen, dass die auf diesem Sektor operierenden Unternehmen ungeachtet der zwischenzeitlich erfolgten Marktöffnung auch weiterhin in diesem eingeschränkten Umfang tätig bleiben und insofern einen „Geschäftszweig“ Mehrwertbriefdienste betreiben – obwohl es für diese beschränkte Funktion keine aus rechtssystematischen Gründen des PostG bedingte Veranlassung mehr gibt. Hierfür mögen eingespielte Geschäftspraktiken und –routinen ausschlaggebend sein.

Allerdings macht diese Überlegung bereits deutlich, dass ein etwaiger künftiger „Geschäftszweig Mehrwertbriefdienste“ seine sachliche Berechtigung dann nicht länger in den Bestimmungen des PostG findet. Diese spezifische normative Kontextgebundenheit der Mehrwertbriefdienste findet darin ihren Niederschlag, dass sich die Entstehung dieses Geschäftszweigs nicht wirtschaftlichen Gesichtspunkten, sondern rechtlichen Regularien verdankt: Es handelt sich um die Entstehung eines „subsidiären“ Geschäftsmodells im Rahmen der vom PostG geregelten Briefdienstleistungen.

Dass es sich hierbei nicht um ein eigenständiges wirtschaftliches Betätigungsfeld handelt, sondern um einen Teilaspekt der Briefdienstleistungen, wird besonders deutlich in der in § 3 Abs.3 des TV Mehrwertbriefdienste angeführten Auflistung der von der Mindestlohnregelung erfassten Arbeitstätigkeiten. Danach soll die Mindestlohnregelung für folgende Tätigkeiten gelten: „Kraftfahrer, Beförderer (Fahrrad, Fußbeförderung), Auslieferer, Sortierer, Disponenten, Beschicker, Support“. Diese Tätigkeiten unterscheiden sich in nichts von den Tätigkeiten, die auch bei der „normalen“ Briefdienstleistung anfallen

So auch BVerwG v. 27.Juni 2007 – Az: 6 C 9.06 – Rn. 24: Danach handelt es sich um eine „an sich gleiche“ Postdienstleistung.

Folglich handelt es sich bei diesen Mehrwertbriefdiensten allenfalls um einen Ausschnitt aus dem größeren Segment der allgemeinen Briefdienstleistungen, wie sie im TV Briefdienstleistungen geregelt sind. Selbst wenn der TV Mehrwertbriefdienste ein engeres wirtschaftliches Betätigungsfeld umreißt als der TV Briefdienste fehlt es damit an der Voraussetzung, dass der TV Mehrwertdienste i.S. des Spezialitätsprinzips „den Erfordernissen und Eigenarten des Betriebes und der darin tätigen Arbeitnehmer am besten

gerecht wird“. Die fachliche Enge eines Tarifwerks ist, wie die Geschichte der industriellen Beziehungen in Deutschland belegt, für sich genommen kein Gütesiegel für eine angemessene und damit vorzugswürdige tarifliche Interessenvertretung. Vielmehr rechtfertigt sich diese Betonung dezentraler Willensbildung und Entscheidungsfindung, die ihrerseits im Subsidiaritätsprinzip und dem Primat individueller Willensautonomie wurzelt, nur durch die Qualität ihrer Resultate: Es muss sich um eine Form der Interessenvertretung handeln, die „den Erfordernissen und Eigenarten des Betriebes und der darin tätigen Arbeitnehmer am besten gerecht wird“.

Nun verbietet es sich allerdings wegen der nahe liegenden Gefahr der Tarifizensur, die Qualität der Interessenvertretung wertend und bewertend zu vergleichen. In der gegenwärtigen Umbruchsphase der Arbeitsbeziehungen gibt das Spezialitätsprinzip, wenn man darunter allein den Vorrang einer dezentralen Regelung vor der umfassenderen bzw. der nächst höheren Ebene versteht, keine Auskunft mehr über die „inhaltliche Richtigkeit“, die Qualität der erzielten Resultate. Angesichts des neuartigen Phänomens von Unterbietungstarifverträgen bedarf der Spezialitätsgrundsatz vielmehr der „Unterfütterung“ durch weitere Kriterien

### **3.4. Grenzen des Spezialitätsgrundsatzes bei gewillkürter Tarifkonkurrenz: Das neue Phänomen der Dumpingtarife**

In diesem Zusammenhang kann z.T. auf Erkenntnisse und Positionen zurückgegriffen werden, die in der Literatur bereits im Kontext der Debatte über die Erstreckung der AEntG auf die Branche der Arbeitnehmerüberlassung entwickelt worden sind: Dabei geht es um die Vorschläge, bei der zu treffenden Auswahlentscheidung darüber, welche von mehreren Tarifverträgen es verdienen, für allgemein verbindlich erklärt zu werden, entweder dem Günstigkeitsprinzip oder dem Repräsentationsaspekt den Vorrang einzuräumen.

#### ***3.4.1. Das 50%-Quorum als ungeeignete Bezugsgröße***

Speziell in der Debatte um die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen der Branche Briefdienste ist die – auf die Koalitionsvereinbarung vom 23.8.2007 zurückgehende – Anbindung der Allgemeinverbindlicherklärung nach dem AEntG an das 50%-Quorum des §

5 Abs.1 S.1 Nr.1 TVG als zusätzlicher Gesichtspunkt eingeführt worden. Wörtlich heißt es in der Vereinbarung:

„In Zusammenhang mit der Liberalisierung der Postmärkte zum 1.1.2008 wird die Branche der Postdienstleistungen noch in 2007 in das Arbeitnehmerentsendegesetz aufgenommen, wenn die Tarifpartner einen entsprechenden Antrag stellen. Dabei geht die Bundesregierung davon aus, dass über 50% der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Postbranche tarifgebunden sind“.

Diese Erklärung ist denkbar uneindeutig: Unklar ist, ob das 50%-Quorum als zusätzliches rechtliches Erfordernis einer etwaigen Allgemeinverbindlicherklärung nach dem AEntG herangezogen werden sollte oder ob die Bundesregierung lediglich ihre Auffassung bekräftigen wollte, dass dieses Kriterium ohne Zweifel erfüllt sei und damit einer Allgemeinverbindlicherklärung der zu erwartenden Antragstellung nicht entgegenstehe. Aber wie dem auch sei: Die Debatte um dieses Quorum hat ihr eigenes Schicksal genommen. Dabei wurde es mehr und mehr in den Rang des entscheidenden Legitimationsfaktors einer denkbaren Allgemeinverbindlicherklärung und der hierbei ggf. zu treffenden Auswahlentscheidung erhoben.

Dies ist, wie bereits oben (S.11 f. ) angeführt, bedenklich. Hinzu kommt, dass sich dieses Kriterium schon *wegen seiner Ergebnisbezogenheit* nicht als Selektionsmerkmal eignet: Wie viele Arbeitnehmer nämlich von einer tariflichen Regelung *aktuell erfasst* werden, richtet sich allein nach dem *Ergebnis der Tarifverhandlungen*. Liegt der Mindestlohn z.B. über dem (ggf. Haus-)Tariflohn, so werden alle tarifgebundenen Arbeitnehmer von diesem erfasst. Auch deshalb kommt als Bezugspunkt des 50%-Quorums *allein die* – durch den personellen Geltungsbereich des Tarifvertrages vermittelte - *Tarifbindung* der bei den Arbeitgebern beschäftigten Arbeitnehmer in Betracht.

### **3.4.2. Alternativen: Günstigkeits- oder Repräsentationsprinzip**

In der Debatte um die Einbeziehung der Arbeitnehmerüberlassung in das AEntG sind als Kriterien der hier zu treffenden Auswahl über eine evtl. Allgemeinverbindlicherklärung das Günstigkeitsprinzip

so Hanau, Die Einbeziehung der Tarifverträge der Zeitarbeit in das System des Arbeitnehmerentsendegesetzes (AEntG), in:  
Bieback/Dieterich/Hanau/Kocher/Schäfer, Tarifgestützte Mindestlöhne, 2007, S.127ff.

und das Repräsentationsprinzip

so Dieterich, Verfassungsmäßigkeit tarifgestützter Mindestlöhne bei Zeitarbeit, in: Bieback/Dieterich/Hanau/Kocher/Schäfer, Tarifgestützte Mindestlöhne, 2007, S.103ff.

vorgeschlagen worden. Für das Günstigkeitsprinzip als Bezugsgrundlage spricht zunächst die Tatsache der beschädigten Tarifautonomie, die durch die gesetzliche Fehlkonstruktion der Tarifaufnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz nach dem AÜG eröffnet wurde. Danach bietet am ehesten der günstigste Tarifvertrag die Gewähr dafür, dass er auf dem Wege einer engagierten Interessenvertretung und fairen Interessenausgleichs zustande gekommen ist.  
Dieterich,

Verfassungsmäßigkeit tarifgestützter Mindestlöhne bei Zeitarbeit, in: Bieback/Dieterich/Hanau/Kocher/Schäfer, Tarifgestützte Mindestlöhne, 2007, S.103ff., 124.

hat dagegen eingewendet, dies sei ein „modaler“ – im Unterschied wohl zu einem prinzipiellen – Gesichtspunkt. Dieses Argument ist nicht von der Hand zu weisen: Denn das Günstigkeitsprinzip operiert allein als vergleichender Maßstab. Darin ist es anfällig für Manipulationen aus vordergründig opportunistischen Erwägungen, die sich bloßer Nutzenkalküle verdanken.

Dies spricht dafür, sich eingehender mit der Rechtfertigung des Repräsentationsprinzips als Beurteilungsmaßstab zu befassen.

### ***3.4.3. Das Repräsentationsprinzip als zutreffendes Kriterium***

Nach dem Repräsentationsprinzip ist darauf abzustellen, wie groß der Kreis derjenigen von der Tarifregelung betroffenen Beschäftigten ist, die der Gewerkschaft das Mandat zu den Tarifverhandlungen gegeben haben. Entscheidender Maßstab ist damit der *Organisationsgrad* der tarifschließenden Arbeitnehmerkoalition in den tarifgebundenen Unternehmen und Betrieben. Dieses Kriterium weist eine deutliche Nähe zum Demokratieprinzip auf und seiner idealtypischen Unterstellung der Identität von Adressaten und Autoren eines Rechtsbefehls auf. Gänzlich unbekannt ist die Geltung des Repräsentationsprinzips im Kontext von Verhandlungen über Kollektivvereinbarungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern nicht: Das Europäische Gericht 1. Instanz hat auf diesen Gesichtspunkt seine Entscheidung im Fall UEAPME

EuG v. 17.6.1998, T-135/98, Slg. 1998, II-2335

gestützt, in der es um die Frage ging, welche Organisationen auf Arbeitgeberseite an den Verhandlungen des „Sozialen Dialogs“ auf Gemeinschaftsebene zu beteiligen sind,.

#### **4. Ergebnis**

Die Tarifkonkurrenz zwischen dem TV Briefdienste und dem TV Mehrwertbriefdienste ist nach Maßgabe des Repräsentationsprinzips zu lösen. Danach gebührt demjenigen Tarifvertrag der Vorzug, der von der „repräsentativeren“ Arbeitnehmerorganisation abgeschlossen worden ist. Das ist nach Lage der Dinge mutmaßlich die Gewerkschaft ver.di.

### **III. Gesamtergebnis**

1. Es bestehen erhebliche Zweifel, ob es sich bei dem TV Mehrwertbriefdienste um einen gültigen Tarifvertrag handelt. Diese Zweifel beziehen sich auf die Gewerkschaftseigenschaft der GNBZ, insbesondere deren Gegnerunabhängigkeit und Durchsetzungsfähigkeit.
2. Die Tarifkonkurrenz zwischen dem TV Briefdienste und dem TV Mehrwertbriefdienste ist nach Maßgabe des Repräsentationsprinzips zu lösen. Danach gebührt demjenigen Tarifvertrag der Vorzug, der von der „repräsentativeren“ Arbeitnehmerorganisation abgeschlossen worden ist. Das ist nach Lage der Dinge mutmaßlich die Gewerkschaft ver.di.

Oldenburg i.O., den 21. 12.2007

Thomas Blanke

